

University of Groningen

Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194 BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?

Geerts, P.G.F.A.; Vollebregt, E.R.

Published in:
Boek9.nl

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2011

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Geerts, P. G. F. A., & Vollebregt, E. R. (2011). Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194 BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt? *Boek9.nl*, 2011(9517), 1 - 9.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?

Paul Geerts en Erik Vollebregt

Inleiding

1. Sinds de implementatie van de Richtlijn OHP (in de art. 6:193a-j BW) is onduidelijkheid ontstaan over het toepassingsgebied van zowel art. 6:194 BW (misleidende reclame) als art. 6:194a BW (vergelijkende reclame). Wij hebben (in 2009) verdedigd dat:
 - de art. 6:193a-j BW van toepassing zijn op oneerlijke handelspraktijken (waaronder begrepen (misleidende) reclame) van handelaren gericht op consumenten (B2C; business to consumer);
 - art. 6:194 BW van toepassing is op misleidende reclame van handelaren gericht op handelaren (B2B; business to business), en
 - art. 6:194a BW van toepassing is op vergelijkende reclame van handelaren gericht op consumenten (B2C; business to consumer) en vergelijkende reclame van handelaren gericht op handelaren (B2B; business to business).¹
2. In deze bijdrage willen wij een overzicht geven van hetgeen sinds begin 2009 over deze problematiek is geschreven en wat de stand van zaken in de jurisprudentie is. Tot slot vragen wij nog bijzondere aandacht voor art. 6:194a lid 2 sub d BW.

Toepassingsgebied van art. 6:193a-j BW

3. Voor wat betreft het toepassingsgebied van de nieuwe art. 6:193a-j BW zelf lijkt zowel in de literatuur als in de eerste gerechtelijke uitspraken² eenstemmigheid te bestaan: die artikelen zien op oneerlijke handelspraktijken van handelaren die zich op consumenten richten.³ De art. 6:193a-j BW zijn van toepassing op B2C-verhoudingen. De artikelen veronderstellen derhalve een interactie tussen (een) handelaar en (een) consument. Dat betekent dat de art. 6:193a-j BW op transacties tussen consumenten onderling (C2C; consumer to consumer) en transacties tussen handelaren onderling (B2B) niet van toepassing zijn. Met name dat laatste dient goed voor ogen gehouden te worden. Indien een handelaar een andere handelaar (daaronder begrepen de zelfstandige zonder personeel) misleidt dan valt die oneerlijke handelspraktijk niet onder het bereik van afdeling 3.3A Boek 6. Met andere woorden: bedrijven in hun rol als koper vallen niet binnen het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW. In de Nederlandse wetsgeschiedenis lezen wij over deze kwestie het volgende:

¹ P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2009), p. 6-7.

² Zie onder meer HR 27 november 2009, BIE 2010, 27 m.nt. Van Nispen (World Online) en Vzr. Rb. Roermond 20 januari 2011, B9 9354 (Dutch Jewelz).

³ Wel is bijvoorbeeld omstreden het antwoord op de (belangrijke) vraag of de rechter (via een richtlijn conforme interpretatie) de concurrent met een rechtstreeks beroep op afdeling 6.3.3A kan beschermen tegen een handelaar die de OHP-regels aan zijn laars lapt. Wij hebben die vraag bevestigend beantwoord; P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2009), p. 7-9 en B9 9263. In dezelfde zin onder meer D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, p. 10, 14 en 81-83. Daar wordt echter ook anders over gedacht. Zie recentelijk nog M.B.M. Loos, *Boekbespreking Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken 2010*, p. 140. Wij laten deze kwestie in deze bijdrage verder rusten.

“Het wetsvoorstel ziet alleen op de bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken. Dit is in overeenstemming met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Wij zijn van oordeel dat er geen reden is de bescherming waarin het wetsvoorstel voorziet, uit te breiden tot kleine ondernemingen. Dat laat onverlet dat kleine bedrijven die worden benadeeld door oneerlijke handelspraktijken, hiertegen kunnen optreden op basis van bestaande mogelijkheden in het burgerlijk recht (zoals onrechtmatige daad, dwaling of bedrog) of aangifte kunnen doen van oplichting of verduistering bij de politie”.⁴

4. Dit neemt niet weg dat in B2B-verhoudingen de nodige reflexwerking van de OHP-regels zal uitgaan. Niet valt immers in te zien waarom bijvoorbeeld een gedraging die op één van de zwarte lijsten in de OHP-regeling nadrukkelijk misleidend jegens de consument is verklaard, niet evengoed misleidend geoordeeld zou dienen te worden jegens een handelaar (zie hierna ook nr. 12).⁵ Zien wij het goed dan komt deze gedachte ook terug in HR 27 november 2009, BIE 2010, 27 m.nt. Van Nispen (World Online) waar hij in r.o. 4.10.2 (over de verhouding tussen de OHP-regels en art. 6:194 BW) onder meer het volgende overweegt:

“Opmerking verdient dat met de inwerkingtreding per 15 oktober 2008 van de art. 6:193a-j BW, in welke bepalingen richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken is geïmplementeerd, de aansprakelijkheid voor misleidende reclame jegens consumenten beoordeeld moet worden aan de hand van deze nieuwe bepalingen, en dat art. 6:194 thans alleen nog van toepassing is op misleiding van iemand “die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf”. Hetgeen hierna bij de toepassing van art. 6:194 (oud) wordt overwogen omtrent misleiding door onvolledige of onjuiste mededelingen, zal overigens onder de gelding van de nieuwe bepalingen met betrekking tot consumenten niet wezenlijk anders zijn. Waar hierna wordt gesproken over art. 6:194 BW, is steeds het in deze zaak nog toepasselijke art. 6:194 (oud) bedoeld”.

Toepassingsgebied van art. 6:194 BW

5. Voor wat betreft het toepassingsgebied van art. 6:194 BW schreven wij in 2009 dat voor zover ons op dat moment bekend was geen verschil van mening bestond over het toepassingsgebied van dat artikel: het ziet (nog) enkel op misleidende reclame die zich richt op handelaren.⁶ Misleidende reclame die zich op consumenten richt valt sinds de inwerkingtreding van de nieuwe OHP-regels niet meer onder de werkingssfeer van art. 194 BW, maar wordt beheerst door de art. 6:193c-g BW.
6. Nu heeft Van Nispen onlangs geschreven dat dit standpunt op een misvatting berust en dat art. 6:194 BW ook ziet op misleidende reclame-uitingen die zich op consumenten richten:

⁴ NnavV Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 6. Zie ook NMvA Kamerstukken I 2007/08, 30 928, E, p. 6-7.

⁵ Zie over deze kwestie onder meer J.J.C. Verdel, Bescherming voor niet-consument door het ontstaan van reflexwerking van de 'zwarte lijsten' uit de Wet oneerlijke handelspraktijken, TvC 2008, p. 34 e.v.; D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Kluwer 2009), p. 9 en P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame (Kluwer 2009), p. 13.

⁶ In dezelfde zin onder meer L. Kroon en C.S. Mastenbroek, De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk, IER 2008, p. 262-263; D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Kluwer 2009), p. 8 en (inmiddels ook) M.B.M. Loos, Boekbespreking Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken 2010, p. 140.

“Art. 6:194 ziet nog steeds op misleidende reclame niet alleen als deze gericht is op degene die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf maar ook als die gericht is op consumenten. Alleen kunnen thans alleen degenen die handelen in de uitoefening van hun bedrijf op die norm een beroep doen”.⁷

7. Hij beroept zich daarbij op een tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 30 928 door de Minister gegeven antwoord. Daar zegt de Minister het volgende:

“Na implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken beschermt de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame alleen handelaren tegen misleidende reclame (artikel 14, eerste lid, van de richtlijn, artikel 6:194). Consumenten kunnen bij misleidende reclame bescherming ontleen aan de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken) in plaats van afdeling 4 (misleidende en vergelijkende reclame). Overigens, een onderneming kan een beroep doen op afdeling 4 ongeacht de doelgroep van de reclame (ondernemingen, consumenten of beide)”.⁸

8. De vraag is echter of aan de laatste zin uit deze passage doorslaggevende betekenis toegekend moet worden. Wij denken dat dit niet het geval is. Uit zowel de Richtlijn OHP en de Richtlijn MVR (2006/114; de gecodificeerde versie) blijkt dat na invoering van de OHP-regels de misleidende reclameregels (art. 6:194 BW) alleen van toepassing zijn op misleidende reclame die als doelgroep handelaren heeft. Dat is ook logisch. Immers, reclame die voor de consument misleidend is wordt (vanwege de maximumharmonisatie van de Richtlijn OHP) uitsluitend door de Richtlijn OHP beheerst. Dit alles komt onder meer tot uitdrukking in art. 14 Richtlijn OHP en overweging 5 uit de considerans van de Richtlijn MVR (2006/114), zoals door het Europese Hof ook is bevestigd in bijvoorbeeld de VTB-VAB zaak.⁹ De Nederlandse wetgever heeft dit in art. 6:194 BW tot uitdrukking gebracht met de invoering van de woorden “jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf”.

9. In de Memorie van Toelichting lezen wij waarom deze woorden zijn ingevoegd:

“Wijziging artikel 194 (beperking afdeling misleidende en vergelijkende reclame tot bedrijven onderling)

Dit artikel beperkt de reikwijdte van Afdeling 4 (misleiding en vergelijkende reclame) tot handelspraktijken tussen bedrijven onderling. De vraag of de consument is misleid door reclame zal na inwerkingtreding van deze wet moeten worden beoordeeld op basis van de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken)”.¹⁰

10. In de hierboven in nr. 7 geciteerde passage waarop Van Nispen een beroep doet, neemt de Nederlandse regering zonder enige nadere motivering opeens een heel ander standpunt in. Zij spreekt zichzelf daar dus niet alleen tegen, maar neemt bovendien een standpunt in dat in strijd is met zowel de Richtlijn OHP als de Richtlijn MVR (2006/114). Het betoog van Van Nispen kan ons derhalve niet overtuigen. Wij blijven dan ook van mening dat met de inwerkingtreding per 15 oktober 2008 van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW alleen nog

⁷ Noot onder HR 27 november 2009 (World Online), BIE 2010, p. 165.

⁸ Nota naar aanleiding van het verslag Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 5.

⁹ Gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07, Jurisprudentie 2009 bladzijde I-02949, punten 50-51.

¹⁰ MvT Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 18. Overigens lijkt diezelfde passage te suggereren dat ook art. 6:194a BW (vergelijkende reclame) alleen van toepassing is op op B2B-vergelijkende reclame en niet meer op B2C-vergelijkende reclame. Daarover in nrs. 13 e.v. meer.

van toepassing is op misleiding van iemand “die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf” en voelen ons hierin gesteund door HR 27 november 2009, BIE 2010, 27 m.nt. Van Nispen (World Online). Daarin overweegt de Hoge Raad over het toepassingsgebied van art. 6:194 BW het volgende:

“4.10.2 Een eventuele aansprakelijkheid van een uitgevende instelling voor misleidende mededelingen in het prospectus dient - wat betreft de periode waarin de beursintroductie van World Online plaatsvond - beoordeeld te worden aan de hand van de algemene regeling voor misleidende reclame in art. 6:194 (oud) BW. In deze bepaling is richtlijn 84/450/EEG betreffende misleidende reclame geïmplementeerd, zodat deze richtlijn, ook indien deze als zodanig niet van toepassing is op prospectusaansprakelijkheid, naar Nederlands recht via (richtlijnconforme uitleg van) art. 6:194 de prospectusaansprakelijkheid mede bepaalt. Noch deze richtlijn, noch art. 6:194 (oud) maakt onderscheid naar gelang degene tot wie de misleidende reclame zich richt al dan niet beroepsmatig handelt. Voorts is van belang dat de aansprakelijkheid voor misleidende reclame een ruimer bereik heeft dan prospectusaansprakelijkheid, doordat art. 6:194 ook betrekking heeft op misleidende mededelingen buiten het prospectus om (zie hierna onder E). Opmerking verdient dat met de inwerkingtreding per 15 oktober 2008 van de art. 6:193a-j BW, in welke bepalingen richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken is geïmplementeerd, de aansprakelijkheid voor misleidende reclame jegens consumenten beoordeeld moet worden aan de hand van deze nieuwe bepalingen, *en dat art. 6:194 thans alleen nog van toepassing is op misleiding van iemand “die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf” (curs., P.G. en E.V.)*. Hetgeen hierna bij de toepassing van art. 6:194 (oud) wordt overwogen omtrent misleiding door onvolledige of onjuiste mededelingen, zal overigens onder de gelding van de nieuwe bepalingen met betrekking tot consumenten niet wezenlijk anders zijn. Waar hierna wordt gesproken over art. 6:194 BW, is steeds het in deze zaak nog toepasselijke art. 6:194 (oud) bedoeld”.

11. Klare (gecursiveerde) taal wat ons betreft. Het heeft Van Nispen echter niet weten te overtuigen. Kennelijk is ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam niet overtuigd. Die heeft in een recent vonnis (dat na het World Online-arrest is gewezen) art. 6:194 BW ‘gewoon’ toegepast op een B2C-reclame-uiting; Vزر. Rb. Amsterdam 25 november 2010, B9 9243 (Nestlé/Mars).¹¹ Wij menen dat dit niet alleen in strijd is met de Richtlijn OHP en de Richtlijn MVR, maar ook met de tekst van art. 6:194 BW en met het oordeel van de Hoge Raad in r.o. 4.10.2 in het World Online-arrest.¹²
12. Hierbij moet nog wel aangetekend worden dat de soep nu ook weer niet zo heet gegeten zal worden. Zoals in nr. 4 al even ter sprake is gekomen zal bij toepassing van art. 6:194 BW (op onvolledige of onjuiste mededelingen), over het algemeen geen wezenlijk andere uitkomst worden verkregen dan bij toepassing van de art. 6:193a-j BW. Die constatering is met name ook van belang voor de gevallen waarin één en dezelfde (misleidende) reclame-uiting gericht is op zowel consumenten als handelaren. Of die uiting misleidend is moet voor wat betreft de consument aan de hand van art. 6:193c-g BW worden

¹¹ Zie over deze kwestie ook Hof Den Haag 15 maart 2011, B9 9476 (Quooker). Het Hof constateert echter alleen dat er verschillend gedacht wordt over het antwoord op de vraag wat het toepassingsbereik van art. 6:194 BW is. Het Hof geeft op die vraag zelf geen antwoord omdat het van mening is dat, gezien de omstandigheden van het geval, het antwoord op die vraag in het midden kan blijven.

¹² Zie B9 9263 voor een kritisch commentaar van één van schrijvers dezes op het Amsterdamse vonnis.

beoordeeld, voor wat betreft de handelaar aan de hand van art. 6:194 BW. Dit ‘tweesporenverschijnsel’ lijkt op het eerste gezicht wellicht wat merkwaardig, maar voor de rechter (hoogstwaarschijnlijk en hopelijk) niet onwerkbaar, omdat - zoals gezegd - in beide gevallen de uitkomst niet wezenlijk anders zal zijn.¹³ Maar dat ontslaat de rechter niet van de verplichting zijn oordeel op de juiste rechtsgrondslag te baseren.

Toepassingsgebied van art. 6:194a BW

13. En hoe zit het met het toepassingsgebied van art. 6:194a BW? Het antwoord op deze vraag is eveneens omstreden. Zoals hierboven in nr. 1 al is opgemerkt hebben wij verdedigd dat deze bepaling zowel van toepassing is op vergelijkende reclame van handelaren gericht op consumenten (B2C) als vergelijkende reclame van handelaren gericht op handelaren (B2B).¹⁴
14. Het zijn met name Kroon en Mastenbroek die hierover anders denken.¹⁵ Zij verdedigen dat art. 6:194a BW alleen ziet op vergelijkende reclame die zich op handelaren richt. Wij hebben in 2009 geprobeerd te beargumenteren waarom dat geen gelukkig standpunt is. Die argumenten herhalen wij hier nog maar een keer, met name vanwege het feit dat wij nog regelmatig het standpunt verdedigd horen worden dat art. 6:194a BW *alleen* ziet op vergelijkende reclame die zich op handelaren richt. Het blijkt een hardnekkig misverstand te zijn dat tot veel onduidelijkheid leidt. Door ons standpunt te blijven herhalen hopen wij dit misverstand de wereld uit helpen.
15. Zien wij het goed dan hebben Kroon en Mastenbroek zich door de in nr. 9 geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting op het verkeerde been laten zetten. Hierboven hebben wij onder meer op deze passage een beroep gedaan ter ondersteuning van het standpunt dat art. 6:194 BW alleen ziet op misleidende reclame die zich op handelaren richt. Het ongelukkige aan de geciteerde passage is echter dat zowel de cursieve kop als de eerste zin *ook* de suggestie wekken dat de hele Afdeling 4 (met inbegrip van art. 6:194a BW) enkel ziet op reclame tussen bedrijven onderling.
16. Wij kunnen ons nauwelijks voorstellen dat dit de bedoeling van de Nederlandse wetgever is geweest. Dat zou - om maar eens een voorbeeld te noemen - immers betekenen dat art. 6:194a lid 2 sub e BW niet van toepassing is op de denigrerende vergelijkende reclame die zich op de consument richt. Welke regel is op deze vergelijkende reclame-uiting dan wel van toepassing? Of moet uit het feit dat art. 6:194a lid 2 sub e BW niet van toepassing is worden afgeleid dat dergelijke B2C reclame-uitingen naar geldend recht toelaatbaar zijn? Dat laatste zou niet alleen onaanvaardbaar zijn, maar is bovendien in strijd met de Richtlijn MVR (2006/114) en de Richtlijn OHP. Art. 1 jo. art. 4 Richtlijn MVR (2006/114) geven immers aan onder welke voorwaarden vergelijkende reclame geoorloofd is, ongeacht op wie die reclame zich richt. Bovendien blijkt uit de overwegingen 8 en 9 uit de considerans van de Richtlijn MVR (2006/114) onomstotelijk dat de Richtlijn MVR (2006/114) regels geeft die moeten voorkomen dat vergelijkende

¹³ In de Quooker-zaak (zie noot 11) lijkt het Hof dit in r.o. 8 niet werkbaar te achten. Toch zal het Hof daaraan moeten wennen want dit is nu eenmaal het systeem dat door de wetgever is uitgedacht. Zonder daar verder in detail op in te gaan lijkt de verwarring in die zaak ook volop aanwezig omdat de suggestie gewekt wordt dat op de aan de consument gerichte uiting art. 6:162 BW van toepassing zou zijn. Dat is onjuist. Op die B2C uiting zijn de art. 6:193a-j BW van toepassing, een species van art. 6:162 BW.

¹⁴ P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame (Kluwer 2009), p. 6-7.

¹⁵ L. Kroon en C.S. Mastenbroek, De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk, IER 2008, p. 262-264.

reclame een negatieve invloed heeft op de keuze van de consument. Dat de vergelijkende reclame regels ook zien op B2C-verhoudingen is bovendien volkomen logisch omdat negen van de tien vergelijkende reclame-uitingen zich op de consument richten.

17. Voorts blijkt nergens dat de Europese wetgever met de invoering van (de gecodificeerde) Richtlijn MVR (2006/114) heeft willen breken met de vorige MVR Richtlijnen die zowel van toepassing waren op B2B als B2C vergelijkende reclame-uitingen. Het volgt niet uit het woord “handelaren” in art. 1 Richtlijn MVR (2006/114) en art. 14 Richtlijn OHP. Dat ziet enkel op de bescherming van handelaren tegen *misleidende* reclame en de onbillijke gevolgen daarvan. Daaruit mag niet tevens worden afgeleid dat de reikwijdte van de vergelijkende reclame zich tot handelspraktijken tussen handelaren onderling beperkt. Dat staat er niet en het zou bovendien ook onlogisch zijn omdat de Richtlijn OHP de vergelijkende reclame gericht op de consument niet sluitend regelt.
18. Wij zijn dan ook (nog steeds) van mening dat art. 6:194a BW zowel ziet op vergelijkende reclame die zich richt op de consument (B2C) als op de handelaar (B2B). Dat volgt niet alleen uit de Richtlijn MVR (2006/114) en de Richtlijn OHP, maar ook uit de tekst van art. 6:194a BW zelf. Immers, anders dan in art. 6:194 BW bevat deze bepaling niet de woorden “jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf”, terwijl bovendien art. 6:194a lid 2 sub a BW uitdrukkelijk verwijst naar de art. 6:193c-g BW die van toepassing zijn op handelspraktijken die zich richten op *de consument*.¹⁶ Een enkele verwarrende passage in de Memorie van Toelichting kan daar wat ons betreft geen verandering in brengen.
19. Inmiddels heeft ook Loos zich achter het standpunt geschaard dat art. 6:194a BW op zowel B2B als B2C vergelijkende reclame-uitingen ziet en lijkt Bremer daar eveneens van uit te gaan.¹⁷ Ook in de jurisprudentie van de afgelopen twee jaar wordt art. 6:194a BW nog steeds toegepast op B2C vergelijkende reclame. Zonder volledig te willen zijn wijzen wij op: V zr. Rb. Amsterdam 22 mei 2009, B9 7925 (Unilever/Reckitt Benckiser); V zr. Rb. Amsterdam 18 juni 2009, B9 7977 (Hans Anders/Specsavers); V zr. Rb. Amsterdam 24 december 2009, B9 8512 (KPN/UPC); V zr. Rb. Den Haag 13 augustus 2010, B9 9040 (Ziggo/Tele2); V zr. Rb. Den Haag 20 december 2010, B9 9300 (Tempur/Energy+); V zr. Rb. Den Haag 4 februari 2011, B9 9383 (Tempur/Medicomfort) en V zr. Rb. Amsterdam 18 februari 2011, B9 9426 (Binckbank/Lynx). In al deze uitspraken is art. 6:194a BW op B2C vergelijkende reclame-uitingen toegepast, waardoor de chaotische taferelen waarvoor Kroon en Mastenbroek in 2008 hebben gewaarschuwd gelukkig zijn uitgebleven.

Toepassingsgebied van art. 6:194a lid 2 sub d BW

20. Niettegenstaande het voorgaande willen wij toch speciale aandacht vragen voor art. 6:194a lid 2 sub d BW, omdat voortschrijdend inzicht met betrekking tot deze bepaling aanleiding geeft ons standpunt dat art. 6:194a BW ook ziet op B2C vergelijkende reclame enigszins te nuanceren. Art. 6:194a lid 2 sub d BW luidt als volgt:

“er niet toe leidt dat op de markt de adverteerder wordt verward met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent”.

¹⁶ Zie voor een definitie van beide begrippen art. 6:193a lid 1 sub d respectievelijk sub a BW.

¹⁷ M.B.M. Loos, Boekbespreking, Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken 2010, p. 140 en J.J.E. Bremer, Vergelijkende reclame; enkele beschouwingen, Nederlands tijdschrift Europees recht 2010, p. 157-158.

21. Deze bepaling dient ter implementatie van art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114); voorheen art. 3bis lid 1 sub d Richtlijn MVR (84/450 zoals gewijzigd door 97/55). Wat opvalt is dat de Richtlijntekst van de nieuwe verwarringsbepaling afwijkt van de oude. Art. 3bis lid 1 sub d Richtlijn MVR (84/450 zoals gewijzigd door 97/55) luidde:

“er niet toe leidt dat *op de markt* (curs., P.G. en E.V.) de adverteerder met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward”.

Het nieuwe art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114) luidt:

“er niet toe leidt dat *onder handelaren* (curs., P.G. en E.V.) de adverteerder met een concurrent wordt verward of dat de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward”.

22. De wijziging van het oude art. 3bis Richtlijn MVR (84/450 zoals gewijzigd door 97/55) is het gevolg van art. 14 lid 3 Richtlijn OHP, waarin de tekst van het huidige art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114) wordt vastgelegd. Die tekst bevat het nieuwe bestanddeel “onder handelaren”. De verklaring voor het opnemen van dit bestanddeel lijkt te zijn ingegeven door het feit dat in art. 6 lid 2 sub a Richtlijn OHP ‘al’ een B2C anti-verwarringsbepaling was opgenomen. Deze bepaling luidt:

“Als misleidend wordt eveneens beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die het volgende behelst:

a) marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame, op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent”;

23. Aangezien in het oude art. 3bis lid 1 sub d Richtlijn MVR (84/450 zoals gewijzigd door 97/55) een anti-verwarringsbepaling stond die zowel zag op B2C- als B2B-verhoudingen, is vanwege het feit dat door introductie van de (maximaal harmoniserende) OHP Richtlijn de verwarrende B2C vergelijkende reclame (enkel nog) door de OHP-regels wordt geregeerd, kennelijk besloten het nieuwe art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114) enkel nog voor verwarrende B2B vergelijkende reclame te laten gelden en wel door het toevoegen van de woorden “onder handelaren”.¹⁸

24. Als het bovenstaande juist is dan ontstaat de volgende (merkwaardige) situatie: op verwarrende B2C vergelijkende reclame is art. 6 lid 2 sub a Richtlijn OHP van toepassing en op verwarrende B2B vergelijkende reclame art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114).

25. Hoewel de verwarring wat ons betreft al groot genoeg is, wordt die verwarring alleen nog maar groter door de Nederlandse tekst van art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114). Uit die tekst zou namelijk afgeleid kunnen worden dat het eerste deel van de bepaling (“er niet toe leidt dat onder handelaren de adverteerder met een concurrent wordt verward”) alleen ziet

¹⁸ Wij gebruiken hier het woord “kennelijk”, omdat de totstandkomingsgeschiedenis van Richtlijn 2006/114 geen expliciete bedoeling van de EU wetgever op dit specifieke punt vermeldt.

op B2B verwarrende vergelijkende reclame en het tweede deel van de tekst (“of *dat* (curs., P.G. en E.V.) de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward”) zowel ziet op B2B als B2C verwarrende vergelijkende reclame. Het gecursiveerde woord “dat” zorgt hier voor onduidelijkheid, welke echter bij nadere beschouwing beperkt lijkt tot de Nederlandse taalversie van de Richtlijn MVR (2006/114). Raadpleging van andere taalversies leert namelijk dat heel art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114) enkel ziet op verwarrende B2B vergelijkende reclame. Zo luidt de Engelse tekst:

“(h) it does not create confusion among traders, between the advertiser and a competitor or between the advertiser's trade marks, trade names, other distinguishing marks, goods or services and those of a competitor”.¹⁹

26. Dat brengt ons bij (de implementatie van art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114) in) art. 6:194a lid 2 sub d BW. Wat onmiddellijk opvalt is dat deze bepaling naar aanleiding van de Richtlijn OHP niet is gewijzigd. De Nederlandse wetgever heeft naar aanleiding van de Richtlijn OHP alleen art. 6:194a lid 2 sub a BW gewijzigd.²⁰ Dat is opmerkelijk omdat wij hierboven hebben gezien dat door het invoegen van de woorden “onder handelaren” in art. 4 sub h Richtlijn MVR (2006/114) een belangrijke wijziging is aangebracht in het toepassingsgebied van die bepaling: die ziet nog slechts op (verwarrende) B2B vergelijkende reclame.
27. Omdat de wetgever heeft nagelaten de woorden “onder handelaren” in art. 6:194a lid 2 sub a BW op te nemen, zaait hij opnieuw verwarring. Door de oude tekst te handhaven en de woorden “op de markt” niet te vervangen door “onder handelaren” wekt de huidige tekst van art. 6:194a lid 2 sub d BW immers de indruk dat haar toepassingsgebied zich (zoals voor (de implementatie van) de Richtlijn OHP) nog steeds uitstrekt tot zowel (verwarrende) B2B vergelijkende reclame, als (verwarrende) B2C vergelijkende reclame. Dat is echter in strijd met de (maximale harmonisatie van) Richtlijn MVR (2006/114).²¹
28. Dat betekent ons inziens dat richtlijn conforme uitleg van de woorden “op de markt” met zich meebrengt dat die door de rechter gelezen moeten worden als “onder handelaren”. Dat betekent vervolgens dat een vordering op grond van vergelijkende reclame die verwarrend is voor consumenten niet gebaseerd kan worden op art. 6:194a lid 2 sub d BW, maar gebaseerd moet zijn op art. 6:194a lid 2 sub a BW jo. art. 6:193c lid 2 sub a BW (zie nr. 24).²² Dit is onlangs nog - zo lijkt het - over het hoofd gezien in Vzr. Rb. Den

¹⁹ Ook de Duitse respectievelijk Franse tekst bevestigen dit: “(h) sie begründet keine Verwechslungsgefahr bei den Gewerbetreibenden, zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den Warenzeichen, Warennamen, sonstigen Kennzeichen, Waren oder Dienstleistungen des Werbenden und denen eines Mitbewerbers” en “(h) elle n'est pas source de confusion parmi les professionnels, entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent”.

²⁰ Zie Stb. 2008, 397, p. 8.

²¹ HvJ EG 8 april 2003, IER 2003, 64, p. 320 m.nt. Kabel (Pippig/Hartlauer).

²² Terzijde merken wij nog op dat de tekst van art. 6:194 lid 2 sub a BW ook niet uitblinkt door helderheid. Als wij het goed zien moet deze bepaling ‘gesplitst’ worden gelezen. Het eerste deel (de woorden “niet misleidend [is]”) ziet op de (misleidende) B2B vergelijkende reclame en het tweede deel van de bepaling (de woorden “[niet] een misleidende handelspraktijk als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g is”) op de (misleidende) B2C vergelijkende reclame. Hoewel dat niet met zoveel woorden is bepaald dient ons inziens de vraag of een B2B vergelijkende reclame misleidend is beoordeeld te worden aan de hand van art. 6:194 BW. Bovendien vragen wij ons ook nog af of er niet een zekere overlap zit tussen (het eerste deel van) art. 6:194a lid 2 sub a BW jo. art. 194 sub b BW en art. 6:194a lid 2 sub d BW. Dat laatste is overigens een bekend verschijnsel. Zie onder

Haag 4 februari 2011, B9 9383 (Tempur/Medicomfort). In die zaak heeft de rechter een B2C vergelijkende reclame-uiting getoetst aan art. 6:194a lid 2 sub d BW.²³ Gezien de onduidelijkheid die na de implementatie van de OHP-regels is ontstaan wekt dat overigens geen verbazing.

29. Het in het vorige nummer besproken ‘tweesporenverschijnsel’ zijn wij hierboven ook al in nr. 12 tegengekomen. Dat verschijnsel wordt met name zichtbaar in de gevallen waarin één en dezelfde (verwarrende) vergelijkende reclame-uiting gericht is op zowel consumenten als handelaren. Of die uiting jegens de consument verwarrend is moet aan de hand van art. 6:194a lid 2 sub a BW jo. art. 6:193c lid 2 sub a BW worden beoordeeld en voor wat betreft de handelaar aan de hand van art. 6:194a lid 2 sub d BW. Wellicht merkwaardig, maar voor de rechter (hoogstwaarschijnlijk en hopelijk) niet onwerkbaar, omdat toepassing van genoemde artikelen in beide gevallen zal uitmonden in dezelfde uitkomst. Niettemin blijft het van belang dat ook in vergelijkende reclamezaken zowel eisers als rechters hun vorderingen respectievelijk oordelen op de juiste juridische grondslagen baseren. Veel hulp van de wetgever hebben zij daarbij niet gekregen.
30. Het voorgaande heeft tot gevolg dat wij ons standpunt dat art. 6:194a BW ook van toepassing is op B2C-vergelijkende reclame in zoverre moeten nuanceren dat dit niet geldt voor art. 6:194a lid 2 sub d BW. Die bepaling ziet enkel op verwarrende B2B-vergelijkende reclame. Of de op consumenten gerichte vergelijkende reclame verwarrend is dient beoordeeld te worden aan de hand van art. 6:194a lid 2 sub a BW jo. art. 6:193c lid 2 sub a BW.

Conclusie

31. Wij blijven verdedigen dat:

- de art. 6:193a-j BW van toepassing zijn op oneerlijke handelspraktijken (waaronder begrepen (misleidende) reclame) van handelaren gericht op consumenten (B2C), en
- art. 6:194 BW van toepassing is op misleidende reclame van handelaren gericht op handelaren (B2B).

32. Wij nuanceren echter ons standpunt over het toepassingsgebied van art. 6:194a BW:

- art. 6:194a BW is van toepassing op vergelijkende reclame van handelaren gericht op handelaren (B2B) en vergelijkende reclame van handelaren gericht op consumenten (B2C), met die aantekening dat art. 6:194a lid 2 sub d BW niet van toepassing is op B2C vergelijkende reclame.

33. En nu maar hopen dat er niet nog meer genuanceerd hoeft te worden, want wij vinden het zo al ingewikkeld genoeg.

PG

EV

27 maart 2011

meer P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2009), p. 73 en 81.

²³ Het betreft hier de inmiddels beruchte AdWord-zaak van Tempur. De rechter heeft het standpunt ingenomen dat het gebruikmaken van een AdWord gezien moet worden als een vergelijkende reclame-uiting. Dat is op dit moment een ‘hot issue’ en daarover is nog lang niet het laatste woord gezegd. Voor zover wij weten is in die zaak hoger beroep ingesteld.